

Da Responsabilidade Individual à Responsabilidade Coletiva

GERMANO MARQUES DA SILVA

Introdução¹

I. Pretendo tratar nesta comunicação da problemática da responsabilidade das pessoas físicas, das pessoas coletivas por atos daquelas e da responsabilidade cumulativa no âmbito da atividade empresarial. Não vou poder aprofundar as questões, mas apenas equacionar os problemas que se suscitam e que terão depois de ser estudados em profundidade².

O assunto é importante. É importante no plano teórico, mas não o é menos na perspetiva prática. É ainda frequente que nestes domínios a responsabilização seja quase objetiva, isto é, responsabilizam-se os entes coletivos porque os factos ocorrem no seu seio e decorrem da sua atividade; responsabilizam-se os titulares dos órgãos de gestão porque quem manda nas empresas é a sua administração e responsabilizam-se uns e outros porque são sobretudo razões pragmáticas que estão na base da consagração da responsabilidade coletiva.

Há um aspeto que é frequentemente menos tratado quando se cuida da responsabilidade penal dos entes coletivos. Referimo-nos à responsabilidade civil emergente do crime. É que o facto constitutivo do crime pode ser também causa de danos e os danos são indemnizáveis nos

¹ Texto base da comunicação proferida na Conferência Internacional sobre Direito e Processo Penal, que ocorreu em Luanda, em 5 de junho de 2017, promovida pela Universidade Católica de Angola.

² A matéria foi já por mim desenvolvida no meu livro *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Verbo, Lisboa 2009.

termos da lei civil. É importante anotar este aspeto porque muitas vezes os gestores não têm consciência das responsabilidades patrimoniais em que incorrem pela prática de crimes decorrentes da sua atividade nas empresas³ que gerem. Se o facto criminoso for causa de danos a terceiros, nomeadamente ao Estado nos crimes tributários, e até ao ente coletivo, o agente individual pode ser condenado a indemnizá-los. Não é de somenos este aspeto porque muitas vezes a responsabilidade civil emergente do crime condiciona a vida do condenado para o resto da sua vida.

II. Uma nota sobre a responsabilização das pessoas coletivas ainda à guisa de introdução.

Não conheço suficientemente o direito angolano para me debruçar sobre o direito positivo de Angola no que se refere à responsabilidade das pessoas coletivas e das pessoas que nelas exercem funções de liderança. Apoiar-me-ei, por isso, no direito português para ilustrar as questões que a propósito se suscitam, que, aliás, são comuns, no que é essencial, à família jurídica a que pertencem os sistemas angolano e português.

Certo é que conhecida nos EUA há mais de 100 anos, só nos anos 80 do século passado começou a ter consagração no direito europeu continental. Em Portugal foi pela primeira vez admitida só em 1984, no diploma que regulou os crimes contra a economia e saúde pública – o Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro – e só mereceu acolhimento no Código Penal português em 2007⁴ e ainda assim apenas relativamente a alguns crimes, donde que a admissibilidade da responsabilidade das pessoas coletivas seja especial.

III. Não vamos entrar na discussão clássica sobre a capacidade de ação e de culpa dos entes coletivos, pressupostos essenciais para a responsabilização criminal, segundo a dogmática tradicional. Não o faremos por entendermos que a dogmática assentou essencialmente na responsabilidade individual, das pessoas físicas, e que a admissão da responsabilização das entidades coletivas se afastou dos parâmetros tradicionais. A responsabilização das pessoas coletivas é caso de responsabilidade por facto

³ Só por simplificação do discurso nos referiremos às «empresas!» ou «sociedades», formas abreviadas de nos referirmos às pessoas coletivas e entidades equiparadas tendo em conta que as questões mais frequentes se reportam à atividade das empresas e sociedades.

⁴ Art. 11.º do CP português, alterado pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro.

de outrem, justificada embora por o crime ser praticado no âmbito da atividade dessas entidades e na prossecução dos seus interesses. É uma opção do legislador assente em razões pragmáticas: fomentar a prevenção criminal no âmbito da atividade das pessoas coletivas.

IV. Uma nota final nesta introdução. Por estranho que pareça, tendo em conta a dogmática tradicional, a responsabilidade das pessoas coletivas não pressupõe sequer a sua personalidade jurídica. Não é exigida nem a personalidade jurídica nem a capacidade dos entes coletivos; importa é a realidade fáctica: um agrupamento de pessoas ou interesses no interesse dos quais podem ser praticados crimes e que importa prevenir. Por isso que a extinção da pessoa coletiva não implique a extinção da sua responsabilidade, respondendo pelas sanções que lhes sejam aplicadas o património dessas entidades ou dos seus membros. É ainda a prevenção da criminalidade a motivar esta disciplina.

1. A responsabilidade individual dos agentes físicos no seio dos entes coletivos

I. A responsabilização das pessoas singulares, agentes dos crimes praticados no âmbito e prossecução da atividade das pessoas coletivas, não suscita questões teóricas especiais no seu enquadramento; são aplicáveis de pleno as normas do direito penal comum. Autores, Instigadores e Cúmplices respondem pelos seus atos nos termos gerais da lei penal comum. As dificuldades são de natureza prática: o determinar em cada caso concreto se há autoria, instigação ou cumplicidade, tendo em conta o fenómeno da divisão do trabalho nas empresas e que se reflete na divisão de participações na prática do facto criminoso ou se determinado facto pode ser imputado a alguém dentro da empresa a título de omissão do cumprimento de um dever. Não escondo que há algumas dificuldades teóricas, como, por exemplo, o da admissibilidade da instigação em cadeia, da responsabilidade por omissão imprópria, do dever de garante e da delegação de tarefas de vigilância ou controlo que incumbem às pessoas que na pessoa coletiva ocupem uma posição de liderança. São questões que a doutrina tem vindo a aprofundar, mas não estão ainda pacificamente adquiridas pela dogmática.

II. Uma primeira nota quase marginal. É frequente que os gestores das pessoas coletivas, arguidos em processo-crime por factos que lhes

são imputados em razão das suas funções, sobretudo quando se trata de atos omissivos, argumentem não deverem ser responsabilizados porque as ações ou omissões que lhes são atribuídas não são do seu interesse pessoal, não foram perpetrados no interesse e em nome próprio, mas em nome e no interesse da pessoa coletiva. Chegam alguns a dizer que se não fora o interesse da pessoa coletiva nunca arriscariam praticar tais factos e que o que os explica é a necessidade de manter a pessoa coletiva em atividade⁵. Esta ideia não é de todo absurda, sendo mesmo defendida por autores de nomeada⁶, mas não é a dominante na doutrina e nas legislações europeias.

O facto de o crime ser cometido por conta e no interesse de um terceiro, no caso a pessoa coletiva, nunca foi, no domínio do direito penal, uma causa de irresponsabilidade do agente/comissário. A vontade do órgão da pessoa coletiva é também a vontade do titular do órgão que lhe serve de suporte. A vontade manifestada pelo titular do órgão não é só pressuposto e elemento da vontade da pessoa coletiva, é também vontade própria dessa pessoa, ainda que ao serviço daquela.

É este aspeto, a existência autonomizável de uma vontade própria do titular do órgão e a vontade da pessoa coletiva manifestada pelo órgão que vai justificar a responsabilidade cumulativa.

III. Uma outra nota nesta fase. O que tem de característica especial a responsabilidade por crimes no seio dos entes coletivos, nomeadamente nas de natureza empresarial, é que, em regra, as pessoas que neles ocupam posições de liderança respondem ou por ação, em regra como autores mediatos ou instigadores, quando não são os próprios executores do facto – o que sendo mais raro nas grandes empresas acontece muitas vezes nas pequenas – ou respondem por omissão, omissão consistente na violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem [al. b) do n.º 2 do art. 11.º do Código Penal português]. E é aqui que reveste extrema importância a problemática da delegação de funções.

⁵ Este argumento é invocado com muita frequência no domínio do abuso de confiança fiscal e contra a Segurança Social, justificando a não entrega nos cofres da Administração das quantias devidas com o dever de manter a empresa em laboração e pagar os salários dos trabalhadores.

⁶ Cf. G. JAKOBS, «Strafbarkeit juristischen Personen?», *Festschrift für Klaus Ludessen*, Baden-Baden, 2002, pp. 559 ss; ANTÓNIO CRESPO SIMÕES DE CARVALHO, «A responsabilidade penal das pessoas coletivas», *Justiça Portuguesa – Revista de Direito*, n.º 45, p. 132.

Em empresas de média e grande dimensão é impensável que os administradores exerçam as funções de vigilância ou controlo que lhes cabem em todas as atividades dos colaboradores. Torna-se necessária a delegação de muitas das funções dos administradores. Questão é que os delegados tenham competência, meios, poderes e autonomia para cumprir os deveres de vigilância ou controlo que lhes sejam atribuídos por delegação. Os administradores não podem simplesmente delegar os seus deveres num qualquer colaborador e desse modo livrarem-se de responsabilidades; é preciso que o colaborador delegado seja competente para a tarefa, lhe seja concedida autoridade para por si dirigir e controlar a atividade que lhe é afeta e lhe sejam facultados os meios indispensáveis para que possa cumprir os deveres da função. Se o delegado, responsável ou encarregado, não passa de mero executor, para além da sua própria responsabilidade como autor, responde também o comitente, delegante ou, a título de mandante, instigador, ou por omissão.

IV. Outra questão respeita à atribuição dos poderes/deveres de vigilância ou controlo. Está hoje praticamente adquirido que compete, em regra, ao órgão de administração, embora haja casos frequentes na atividade das pessoas coletivas, nomeadamente no domínio económico, em que a lei impõe que essa responsabilidade pertence a determinadas pessoas, normalmente qualificadas para a função (v.g., responsáveis laboratoriais, responsáveis de segurança, técnicos de contas, Diretores de Informação, etc.), competindo então à Administração providenciar para que a imposição legal seja cumprida, sob pena de responder pela omissão⁷.

O Código Penal português veio clarificar em 2007 que as omissões de vigilância ou controlo por parte das pessoas que no ente coletivo ocupam posições de liderança (art. 11.º do CP português) responsabilizam a pessoa coletiva pelos atos dos subordinados, pressupondo, ao que julgo, que responsabilizam também pessoalmente essas pessoas por omissão dos seus deveres. E responsabilizam a pessoa coletiva precisamente porque a omissão daqueles deveres é a causa da infração porque o administrador, ou outrem que ocupe na pessoa coletiva uma posição de liderança, tinha o dever de vigiar ou controlar e o domínio do facto

⁷ Os administradores têm então o dever de escolher as pessoas com aptidão para o exercício dessas funções, respondendo pela escolha inadequada, em regra a título de omissão.

do agente executor seu subordinado. É porque o crime é imputado à pessoa que tinha o poder/dever de vigilância ou controlo que é também imputado à sociedade, dado que a vontade funcional daquele forma a vontade da sociedade.

V. Na vida das pessoas coletivas é frequente a distribuição de pelouros e atos que, como regra, pertenciam ao órgão serem confiados apenas a um dos seus membros. Neste caso os atos praticados por esse gestor responsabilizam-no pessoalmente e só responsabilizam os demais que tiverem consciência do ilícito e nada fizeram para impedir a sua prática. É que a delegação não afasta os deveres do delegante, embora a sua culpa possa ser excluída.

VI. Sou do tempo em que era frequente virem os administradores aos processos dizer que em razão dos seus múltiplos cargos de administração não lhes restava tempo para conhecer em concreto os casos particulares resultantes da atividade de cada empresa e também virem defender-se alegando que eram apenas administradores de direito, mas não de facto, donde não terem responsabilidade alguma na atividade corrente do ente coletivo até porque não administravam efetivamente, nem sequer assinavam⁸.

Penso que estas situações estão em profunda mudança com o aprofundamento da responsabilidade por omissão. A assunção dos cargos implica deveres e desde logo que a atividade das empresas seja respeitadora da lei. Cumpre à administração e a cada um dos seus administradores providenciar, vigiar e controlar para que no seio das empresas não sejam cometidos crimes. Pelo simples facto de assumirem a administração, os administradores assumem deveres, donde que a circunstância de os não exercerem efetivamente deixa de ser desculpa na maioria dos casos; desculpa porque o dever resulta da lei e não pode constituir desculpa o invocar simplesmente o incumprimento do dever, como parece óbvio.

As questões atinentes à responsabilidade das pessoas que nas pessoas coletivas ocupam posições de liderança não se esgota nas questões antes enunciadas. Temos ainda de considerar nos órgãos de composição plural a responsabilidade de cada membro do órgão em que a vontade de cada

⁸ Não obstante, frequentemente recebiam uma remuneração ou gratificação pelo cargo!

membro é apenas uma componente da vontade coletiva⁹. Neste caso temos de determinar se aquele que se abstém ou vota contra o que foi apurado como vontade maioritária é ou não responsável. A resposta, em princípio, será a de que não responde porque não manifesta uma vontade criminosa, mas pode não ser assim sempre. Pode suceder que o titular do órgão que votou contra ou se absteve tenha o poder pelo seu voto de evitar a deliberação que constitui o crime ou é causa do crime, e se tenha absterido de usar esse poder, caso em que, nos parece, ser também responsável pela deliberação¹⁰ e seus desenvolvimentos.

Mas, para além disso, temos ainda de considerar se não compete a todo e qualquer administrador do ente coletivo opor-se a que no seu seio sejam praticados crimes, ainda que contra a sua vontade. Penso ser dever de cada membro do órgão opor-se à prática do crime, desde logo não executando a decisão do órgão contrária ao direito se lhe tiver sido atribuída a incumbência da sua execução, mas também usando todos os seus poderes para impedir a prática do crime, sobretudo impedindo que quem aja sob a sua autoridade o venha a praticar em cumprimento da deliberação do órgão colegial.

VII. Uma nota quanto aos administradores de facto. Recordo que entendo que os administradores de direito que não exerçam de facto as funções podem ser responsabilizados pelo incumprimento dos seus deveres de vigilância e controlo e podem sê-lo a título de dolo, dolo eventual, normalmente, traduzido no desinteresse pelo que efetivamente se pode passar na entidade de cuja gestão assumem juridicamente a responsabilidade, e mais frequentemente por negligência no não exercício das funções que assume e resultam do seu estatuto.

⁹ Importa distinguir se o titular do órgão coletivo é um verdadeiro órgão ou apenas membro do órgão colegial. Segundo JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, 1978, p. 230: «o pacto social duma sociedade ou os estatutos de uma associação podem estabelecer que haja um conselho de administração formado, por exemplo, por cinco administradores; e que: a) cada um dos administradores possa agir, representar a sociedade, decidir – então cada um dos administradores é órgão da sociedade, e o Conselho de Administração órgão coletivo; ou então que b) cada um dos administradores não pode por si decidir, só o conselho de administração – então o conselho de administração é um órgão meramente colegial, e os administradores elementos desse órgão, mas não órgãos por si, dado não terem poderes e deveres de atuação».

¹⁰ A deliberação pode consistir ela própria no crime, mas mais frequentemente constitui instigação ou autoria mediata à prática de crime por terceiros, administradores ou colaboradores da empresa/sociedade.

De modo semelhante, embora noutra perspetiva, também os administradores de facto, que não de direito, respondem pelos atos em que participem. Se atuam isoladamente e o crime é próprio da pessoa coletiva e assumem de facto a posição de administradores, respondem por força do art. 12.º do Código Penal português (responsabilidade por atuação em nome de outrem). Se atuam em conjunto com outros administradores de direito, respondem também como participantes, seja o crime próprio ou comum.

VIII. Em linhas muito gerais, podemos sintetizar, dizendo que, pelo menos como regra, todos os factos da vida da pessoa coletiva são imputáveis objetivamente aos seus administradores. São eles que devem tomar as medidas de organização necessárias para que na atividade da pessoa coletiva não ocorra a prática de crimes. É a administração que tem o domínio da organização e, consequentemente, responde pelo seu funcionamento com violação da lei. Ponto extremamente importante é depois o da determinação da culpa que, porém, só pode ser apreciada em função das circunstâncias do caso.

2. A responsabilidade dos entes coletivos

I. Desde o Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro, que o sistema jurídico português conhece a responsabilidade penal das pessoas coletivas. E no domínio da criminalidade económica todos os diplomas publicados a partir de então a consagraram. Finalmente, a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, consagrou também a responsabilidade penal das pessoas coletivas no Código Penal. Em qualquer caso a responsabilidade das pessoas coletivas só é admitida para os crimes especificados na lei, mas a tendência em Portugal e nos demais países europeus é de alargamento constante dos crimes abrangidos.

O Código Penal português recolhe os princípios gerais do direito penal e por isso que mesmo para a interpretação das leis particulares seja necessário ter presente a sua regulamentação. Assim, por exemplo, se no domínio do Decreto-Lei n.º 28/84 era discutível se o encarregado ou capataz de um sector da empresa poderia pela sua atuação responsabilizar a sociedade, parece-nos agora que apenas há que apurar se essa pessoa exerce ou não o controlo de um sector de atividade da empresa (n.º 4 do art. 11.º do Código Penal), caso em que o crime por ela cometido no

exercício das suas funções será também imputado à sociedade, como se a vontade daquele fosse constitutivo da vontade desta.

II. O art. 11.º, n.º 1, do Código Penal português dispõe que as pessoas coletivas e entidades equiparadas são responsáveis pelos crimes cometidos (a) em seu nome e no interesse coletivo por pessoas que nelas exerçam uma posição de liderança, ou (b) por quem aja sob a autoridade das pessoas que nela exerçam uma posição de liderança em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.

Conforme ao disposto no n.º 4 do mesmo artigo, entende-se que ocupam uma posição de liderança os órgãos da sociedade e quem nelas tiver autoridade para exercer o controlo da sua atividade. A responsabilidade pela prática do crime é primariamente da pessoa singular (autor, instigador ou cúmplice), mas para efeitos de atribuição do crime à sociedade é necessário que essas pessoas sejam seus órgãos singulares, membros de órgão colegial atuando como tal, representantes da sociedade ou que nela tenham autoridade para exercer o controlo da sua atividade.

Temos, assim, que, por força do art. 11.º do Código Penal, a responsabilidade penal da pessoa coletiva pressupõe que o *crime* seja praticado por pessoa que nela ocupe uma posição de liderança, enquanto age funcionalmente ao serviço do ente coletivo, ou que o crime seja praticado por pessoa dependente daquelas e o crime só se tenha perpetrado por falta de vigilância ou controlo do líder.

III. A regra do art. 11.º do Código Penal português, bem como as normas paralelas da legislação avulsa, suscita muitas e complexas dificuldades de interpretação, especialmente no que respeita ao elemento subjetivo do ilícito penal (dolo ou negligência) e à culpa. Constitui princípio geral do direito penal que a responsabilidade penal é responsabilidade por facto e culpa próprias pelo que importa determinar como se atribui o facto e a culpa do agente individual à sociedade sem violação daquele princípio.

Começamos por registar que quer o Código Penal quer a legislação avulsa referem os «crimes» e as «infrações» cometidos pelas pessoas que ocupem nas sociedades uma posição de liderança, donde resulta que para haver imputação de um crime à sociedade é preciso que o agente, a pessoa que nela ocupa uma posição de liderança, tenha praticado um crime. É esse crime com todos os seus elementos – ilicitude e culpa – que é depois imputado à sociedade e por isso alguns autores falam de responsabilidade por *reflexo* do crime praticado pelo agente individual.

Assim, parece, que se o agente individual tiver praticado um facto típico justificado ou sem culpa não poderá o facto ser depois imputado à sociedade, porque o administrador não comete nenhum *crime* e a lei refere sempre a prática de crime em nome e no interesse da pessoa coletiva por pessoa que nela ocupe posição de liderança.

IV. Já atrás nos referimos à responsabilização da pessoa coletiva por crime cometido por quem aja sob a autoridade de pessoa que ocupe posição de liderança em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhe incumbem [art. 11.º, n.º 2, al. b), do CP]. Parece-nos que mesmo que o facto típico seja cometido com dolo por parte do subordinado, se a violação dos deveres de vigilância ou controlo que incumbem à pessoa que ocupe a posição de liderança só lhe puder ser imputada por negligência, também a imputação do crime à pessoa coletiva só poderá verificar-se a título de negligência. E parece-nos dever ser assim porque a responsabilização da pessoa coletiva está estreitamente ligada à atuação da pessoa que nela exerce uma posição de liderança e por isso que a lei identifique o facto dessa pessoa, com todos os seus elementos objetivos e subjetivos, como facto da pessoa coletiva.

Esta interpretação da lei parte da consideração de que o agente, pessoa que na pessoa coletiva ocupa uma posição de liderança, é componente essencial dela, manifesta a sua vontade e atua como se ela fosse (teoria orgânica das sociedades). Há, pois, uma analogia entre a pessoa singular e a pessoa coletiva porque é manifesto que só por analogia se pode entender que a pessoa coletiva é capaz de ação, de vontade e de culpa para lhe imputar a prática de crimes sem desvios significativos da teoria do direito penal¹¹.

Acrescenta-se, para individualizar a responsabilidade da pessoa coletiva, que o crime há de ser perpetrado em nome e no interesse da pessoa coletiva com o que se estabelece uma mais estreita ligação entre a atuação do seu «líder», atuando funcionalmente ao serviço da pessoa coletiva, a justificar a imputação que, evidentemente, é justificada por

¹¹ Esta construção sofre ajustamentos no caso de representantes e outras pessoas que ocupem posição da autoridade sem serem órgãos da pessoa coletiva competentes para manifestar a vontade do ente. Entende-se então que essas pessoas são legitimadas pela administração para em domínios limitados manifestarem uma vontade que deve considerar-se do ente coletivo. Cf. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Verbo, Lisboa, 2009, pp. 237 ss.

razões meramente pragmáticas, distinguindo por outra parte a responsabilidade da pessoa coletiva e do seu agente individual.

Têm sido ensaiadas outras construções, nomeadamente no que à culpa respeita. São muito importantes os estudos de KLAUS TIEDMANN que preconiza que a responsabilidade penal das pessoas coletivas assente na culpa sobre a sua deficiente organização, caminho interessante a percorrer e a aprofundar, mas que não nos parece ser o acolhido na lei portuguesa e, em geral, nas legislações dos países europeus¹².

V. O n.º 7 do art. 11.º do Código Penal português dispõe que a responsabilidade da pessoa coletiva não exclui a responsabilidade individual do respetivo agente nem depende dela. Esta norma parece significar que a responsabilidade da pessoa coletiva não é puro reflexo da responsabilidade do agente do facto ilícito.

Como referimos anteriormente e resulta do n.º 1 do art. 11.º do Código Penal português, o crime imputável à pessoa coletiva é o crime perpetrado pela pessoa que nela ocupa uma posição de liderança e por isso pareceria que a responsabilidade daquela dependeria da responsabilidade desta. Não é necessariamente assim.

Se não há crime imputável à pessoa coletiva sem que o mesmo seja também imputável à pessoa que nela ocupe posição de liderança, nos termos já referidos, pode suceder que por razões de natureza pessoal o crime não acarrete a *responsabilização* da pessoa coletiva e do seu agente individual. É disso exemplo claro a prescrição. Pode, na verdade, tanto a pessoa coletiva como o agente não serem responsáveis pelo crime que lhes é imputado porque ocorre relativamente à pessoa coletiva ou ao agente do facto uma causa de extinção da responsabilidade que só aproveite àquela ou a este. Assim, a prescrição do procedimento criminal relativamente ao administrador não acarreta necessariamente a prescrição do procedimento criminal pelo mesmo facto relativamente à pessoa coletiva nem a prescrição do procedimento relativamente a esta implica a prescrição relativamente ao administrador. Do mesmo modo, a morte do administrador não extingue a responsabilidade da pessoa coletiva e mesmo o perdão genérico e o indulto podem ter natureza pessoal, abrangendo no seu âmbito apenas as pessoas coletivas ou só as pessoas singulares. Também a extinção da pessoa coletiva não tem como

¹² Sobre a conceção da KLAUS TIEDMANN, cf. o nosso *Direito Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, pp. 184 ss.

consequência a não responsabilização do agente do facto e a morte deste a extinção da responsabilidade da pessoa coletiva. Pode ainda suceder não ser possível identificar o agente pessoa física que praticou o crime, mas nem assim fica excluída a responsabilidade da pessoa coletiva se for comprovado que o crime só poderia ser praticado com intervenção de quem nela ocupe uma posição de liderança.

Cremos que a independência da responsabilidade da pessoa coletiva e do agente do facto pode verificar-se de modo particular no que respeita aos agentes previstos na al. b) do n.º 2 do art. 11.º do Código Penal. Na linha do que vimos a defender, a responsabilização da pessoa coletiva resulta da violação dos deveres de vigilância ou controlo, causa do facto do agente subordinado à pessoa que ocupa a posição de liderança, sendo por causa do facto e culpa desta que o facto do subordinado é imputado à sociedade. Esta imputação depende da atuação e culpa da pessoa que ocupa a posição de liderança e por isso manifesta a vontade da sociedade. É em razão deste entendimento que consideramos que se o líder atuou com mera negligência também a pessoa coletiva só responderá por negligência, independentemente de o agente material subordinado ter agido com dolo ou negligência.

VI. O n.º 7 do art. 11.º do Código Penal consagra também o princípio da responsabilidade cumulativa que analisaremos no número seguinte ao dispor que a responsabilidade da pessoa coletiva não exclui a responsabilidade individual dos respetivos agentes. A norma significa que embora pelo crime cometido pela pessoa que na pessoa coletiva ocupe uma posição de liderança seja responsabilizada a pessoa coletiva (art. 11.º, n.º 1, do CP), também aquela pessoa responde pela sua prática (art. 11.º, n.º 7, e art. 12.º do CP).

3. A responsabilidade cumulativa

I. A conexão da responsabilidade penal das pessoas coletivas e dos que nela ocupem posições de liderança tem sido alvo de muita discussão a nível dogmático. Numa perspetiva, a mais antiga, entendia-se que as pessoas coletivas não podiam ser responsáveis criminalmente, por não serem suscetíveis de ação e de culpa, donde que apenas as pessoas físicas, aquelas que efetivamente praticassem o crime, podiam ser responsabilizadas.

Noutra perspetiva, alguns autores têm entendido que, atuando funcionalmente ao serviço da pessoa coletiva que administram, as pessoas que as lideram não manifestam uma vontade própria, mas apenas contribuem para formar a vontade do ente coletivo e em razão disso apenas estas devem ser responsabilizadas pelos crimes praticados pelos seus administradores, sendo que a vontade do crime é da pessoa coletiva e não dos titulares dos seus órgãos.

A responsabilidade das pessoas coletivas cumulativamente com os seus administradores está agora consagrada na maioria dos sistemas jurídicos europeus. Também em Portugal a lei consagra a responsabilidade cumulativa das pessoas coletivas e dos seus administradores (v.g., art. 11.º do CP, art. 3.º, n.º 3, do DL n.º 28/84, e art. 7.º do RGIT).

O artigo 11.º do Código Penal português e as normas paralelas da legislação avulsa dispõem que a responsabilidade criminal das pessoas coletivas não exclui a responsabilidade individual dos respetivos agentes, ou seja, dos que agiram em nome e no interesse da pessoa coletiva.

II. O que dissemos anteriormente não significa que o ente coletivo seja sempre responsável pelos factos criminosos praticados pelas pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança nem que estes sejam responsáveis por todos os crimes imputados ao ente em que ocupam aquelas posições. Não há responsabilidade penal individual em razão da mera qualidade individual (ocupar uma posição de liderança) pelos crimes imputados ao ente coletivo nem a responsabilidade pessoal daquelas pessoas responsabiliza necessariamente este. A responsabilidade pessoal pressupõe que o facto típico lhe seja imputado, seja um facto seu, por ação ou por omissão, e a imputação do facto do agente ao ente coletivo pressupõe por sua vez que o agente aja funcionalmente, no exercício das suas funções de liderança, cometendo a infração em nome e no interesse da sociedade.

Acresce, como referimos anteriormente, que, conforme dispõe o n.º 7 do Código Penal, a responsabilidade do ente coletivo não depende da responsabilidade dos respetivos agentes do facto nem exclui a responsabilidade individual destes, o que significa que a responsabilidade do ente e da pessoa que nele ocupa uma posição de liderança, o agente do facto, são independentes. Independentemente das responsabilidades, embora a responsabilidade do ente coletivo pressuponha necessariamente que o crime imputado à sociedade seja também imputado ao agente que, ocupando nele uma posição de liderança, tenha atuado funcionalmente em nome e no interesse desse ente coletivo.

III. Acrescentemos ainda que o administrador, embora tenha praticado o crime, atuando funcionalmente, mesmo que em nome e no interesse da sociedade ou outro ente coletivo, não responsabiliza a sociedade se tiver atuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito na sociedade (art. 11.º, n.º 6, do CP). Assim, se o administrador não respeitar as ordens ou instruções expressas de quem de direito na sociedade será responsabilizado apenas pessoalmente pelo crime por si cometido, entendendo-se que ao contrariar as ordens ou instruções expressas de quem de direito na pessoa coletiva está a abusar das suas funções sociais pelo que o facto não deve ser considerado como praticado em nome e no interesse da sociedade mas em nome próprio do agente que efetivamente o perpetró. É o caso de administração plural que delibera num certo sentido, proibindo ou instruindo expressamente um administrador para não praticar determinado ato e, não obstante, o administrador pratica-o, contrariando aquelas ordens ou instruções.

Anotemos ainda, como também já referimos anteriormente, que o facto criminoso do administrador que atua funcionalmente é sempre um facto abusivo e por isso que se pudesse entender, como entendeu durante muito tempo, que a pessoa coletiva não poderia praticar crimes porque pela sua própria natureza só pode praticar atos em conformidade com o seu objeto social que é necessariamente lícito. Recordemos, porém, que a atribuição da responsabilidade penal às pessoas coletivas é justificada por razões práticas: a de evitar os administradores de fachada, os «homens de palha», que só aparentemente exercem poderes de administração, sendo meros instrumentos daqueles que efetivamente lideram a pessoa coletiva, mas que se escondem atrás daqueles para poderem cometer crimes e não serem punidos¹³. É constatação desta realidade que levou os legisladores a punir as pessoas coletivas para de algum modo impedirem que estas sejam utilizadas para a prática de crimes.

4. Excurso sobre a responsabilidade civil emergente do crime

I. Uma nota, também muito breve, sobre a responsabilidade civil emergente do crime.

¹³ Lamentavelmente há sempre alguém disposto a correr riscos e até a cometer crimes no interesse de terceiros, desde que tirem algum proveito. É o que sucede com muita frequência com os chamados administradores pintados, também designados por «homens de palha» e «verbos de encher».

O crime pode causar danos indenizáveis e nos termos da lei penal a indenização de perdas e danos emergentes de crime é regulada pela lei civil.

Os pressupostos da responsabilidade civil constam da lei civil. Para lá remetemos pois não há especialidades resultantes do facto que viola os direitos ou interesses legalmente protegidos ser um crime.

O que há de relevante é que em caso de responsabilidade penal cumulativa o dever de indemnizar obriga quer o ente coletivo quer o agente que pratica o facto ilícito imputado àquele.

II. É muito importante a matéria da responsabilidade civil emergente dos crimes porque frequentemente os gestores – aqueles que no ente coletivo ocupam uma posição de liderança – estão erroneamente convencidos que as consequências civis dos seus atos ilícitos oneram exclusivamente as entidades coletivas em nome e no interesse das quais praticaram os factos geradores da responsabilidade. A responsabilidade é solidária.

É importante acentuar que a responsabilidade é solidária porque em caso de extinção da pessoa coletiva, v.g., por insolvência ou dissolução, a indemnização recai inteiramente sobre o responsável individual. Frequentemente, as consequências civis pela prática de crimes no seio das empresas no exercício de funções são mais gravosas que a sanção penal e perseguem os responsáveis para o resto das suas vidas¹⁴.

Fecho

Há muitos anos já proferi uma conferência a que dei o título: «O Gestor, Novo Príncipe e Novo Escravo». Pretendia com o título evidenciar o destaque e a importância dos gestores nesta nossa sociedade que gira à roda das empresas e demais entidades coletivas bem como as benesses que razoavelmente lhes são atribuídas, novo príncipe por uma parte, mas pôr também em evidência a malha muito apertada de deveres que sobre eles recai, novo escravo por outra parte. O gestor é cada vez mais um profissional e por isso também que a lei possa ser cada vez mais

¹⁴ Por isso que na minha atividade docente, nomeadamente na disciplina de Direito Penal Tributário lecionada a estudantes de gestão, tenha sempre o cuidado de os alertar para as consequências civis (patrimoniais) de crimes que cometam no exercício das suas funções nas empresas. Em regra perdem o emprego e só com muita dificuldade arranjam outro porque ficam com cadastro criminal e podem ficar com uma dívida civil a pagar para o resto das suas vidas.

exigente. A questão depois é a da dimensão dessas entidades, o grau da sua intervenção na vida social e económica e a necessidade de ponderar caso a caso o grau de exigibilidade, condição do juízo de culpa.

A fechar esta comunicação devo advertir que a responsabilidade das pessoas coletivas está aí para ficar e para se aprofundar, ou seja, para se alargar à prática de quaisquer crimes praticados no âmbito da sua atividade. Foi primariamente consagrada para os crimes económicos e patrimoniais ligados à atividade das empresas, mas rapidamente e sucessivamente alargada a muitos outros crimes, tendendo para a generalização.

Mesmo a fechar, permitam-me que lhes conte uma estória que só o é porque tenho de distorcer os factos para não serem identificados. Um trabalhador de uma empresa foi processado pelo crime de assédio sexual juntamente com a empresa. A acusação feita à sociedade titular da empresa pelo crime de abuso sexual praticado pelo seu trabalhador causou espanto e indignação porque os administradores não entendiam que recaía sobre eles o dever de tomarem as providências adequadas para que tal assédio não pudesse ser praticado no âmbito da empresa, como dispõem os arts. 11.º e 154.º-A do Código Penal português. E a empresa foi mesmo condenada porque ficou provado que não obstante os rumores sobre o procedimento de assédio daquele funcionário, os administradores da sociedade nada fizeram para o dificultar, e as condições físicas de prestação do trabalho em gabinete fechado fora dos olhares dos demais trabalhadores não prevenia a prática do abuso. É só um exemplo com o que pretendo alertar que não são já só os crimes económicos, tributários e em geral os patrimoniais que são suscetíveis de responsabilizar as pessoas coletivas quando praticados no seu seio. Os gestores das pessoas coletivas não têm só o dever de fazer com que a atividade por ela desenvolvida para a realização dos seus fins estatutários seja prosseguida com respeito da lei, porque as pessoas coletivas só devem ser admitidas no comércio jurídico quanto conformem a sua atividade com a lei, têm também agora o dever de tudo fazerem, criando instrumentos adequados de vigilância e de controlo, para que no âmbito e espaço da pessoa coletiva não sejam cometidos crimes. Difícil? Muito difícil, porventura, mas a legalidade compensa, ou deve sempre compensar, e a dignidade das pessoas impõe-se sobre tudo, mesmo, direi antes, também nas empresas, necessariamente!

Tendências atuais do Processo Penal

(Do Código de Processo Penal de 1929 rumo ao futuro)

GERMANO MARQUES DA SILVA

Introdução¹

O tema que me foi proposto para esta Conferência Internacional sobre Direito e Processo Penal é extremamente importante e desafiante, embora a limitação do tempo e a especial referência ao Código de Processo Penal de 1929 condicione a comunicação.

O Código e Processo Penal de 1929 é um código velho, promulgado num contexto social e político muito diferente do atual e, por isso, qualquer juízo sobre a sua valia é necessariamente condicionado pelo meu insuficiente conhecimento das questões então relevantes a que o legislador necessariamente procurou dar resposta.

Era um Código com soluções autoritárias, correspondendo ao ambiente social e político do seu tempo. O juiz dominava todo o processo e se o contraditório na produção da prova para a decisão já pontuava, o acusatório era meramente formal. O arguido era sujeito ao processo, donde o seu estatuto de sujeição à liberdade provisório, e pouco sujeito do processo com poderes de intervenção ativa condicionante das decisões do juiz, nomeadamente na formação da sentença,

Em nome da «verdade material» valia quase tudo: eram desconhecidos os métodos proibidos de obtenção de prova, desconsiderada a confissão e consequente colaboração ativa do arguido, expressão de

¹ Texto preparado para servir de apoio à comunicação oral feita no dia 5 de junho de 2017 na Conferência Internacional sobre Direito e Processo Penal, que ocorreu em Luanda, promovida pela Universidade Católica de Angola.

desconfiança quanto à valia da sua participação na descoberta da verdade – o que hoje poderíamos entender como reação e cautela contra os métodos musculados para a sua obtenção típicos do processo inquisitório e desconfiança nos procedimentos das autoridades policiais da época era então pura suspeição sobre a valia do contributo do arguido –, e o princípio da presunção de inocência, que hoje associamos à dignidade humana, era limitado ao *in dubio pro reo*, como mera regra de valoração da prova.

Foram feitas várias reformas para adaptar o Código às exigências ditadas pelo decorrer da sua vigência. Em 1945, com o fim da II Grande Guerra, procurou reforçar-se o acusatório com a entrega da instrução preparatória ao Ministério Público, e em 1972², com a chamada «primavera Marcelista», em que se procurou arejar democraticamente a legislação processual penal na sequência da revisão constitucional, abrindo-a aos ventos que sopravam da Europa soprados pelos ideais que levaram à celebração da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Em 1972, na sequência da revisão da Constituição Política de 1933, confrontavam-se duas correntes principais sobre a necessidade de alteração do Código de Processo Penal então vigente e que vinha de 1929: uma entendia que bastava aperfeiçoar alguns institutos em matéria de produção da prova, mas sem bulir com o paradigma do Código porque se mostrava adequado à descoberta da verdade material e combate ao crime, mantendo a sujeição do arguido aos poderes do juiz, outra preconizava uma reforma profunda para que o processo pudesse constituir instrumento eficaz de tutela dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem³, erigindo o arguido em sujeito do processo: o direito ao juiz sempre que estivesse em causa a liberdade do arguido, nomeadamente no que respeita à aplicação de medidas de coação, a limitação temporal das medidas de coação, o desenvolvimento do *habeas corpus*, a processualização das investigações pré-acusatórias (não obstante se manter a investigação policial relativamente aos crimes políticos, da competência da

² Foi na reforma de 1972 que tive a primeira intervenção no processo de feitura das leis, tendo então ajudado o Prof. MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, incumbido pelo Governo de preparar o anteprojeto, na conceptualização do arguido e dos seus direitos e deveres processuais.

³ Não obstante Portugal ainda não ter subscrito a Convenção.

PIDE/DGS) e o direito à participação ativa do arguido na conformação das decisões processuais.

Naquele tempo, em Portugal, entendia-se geralmente que o processo penal era ancilar do processo civil e por isso que nas duas únicas Faculdades de Direito então existentes (Coimbra e Lisboa) apenas lhe era dedicado um semestre nos planos curriculares da licenciatura. Com o advento da democracia explodiu o interesse pelos estudos do processo penal porque constitui, na expressão já comum, «direito constitucional aplicado», ou seja, instrumento necessário e privilegiado para a proteção e promoção dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos.

1. Tendências do Direito Processual Penal da Pós-Modernidade: *pro homine*

I. Mais do que bosquejar a história do Código de Processo Penal de 1929, porque o meu juízo seria necessariamente incompleto e porventura injusto, em razão do desconhecimento bastante da realidade social e política subjacente, importa debruçar-nos sobre as tendências atuais do processo penal, conforme nos foi proposto, tanto mais importante que essas tendências são contraditórias.

Por uma parte, o aprofundamento do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, fundamento dos direitos humanos, proclamada desde logo na Declaração Universal dos Direitos do Homem, donde passou para os textos internacionais pertinentes e para as constituições modernas de inspiração democrática, mas, por outra parte, um preocupante populismo securitário, despertado pelo 11 de setembro em Nova Iorque, que visa transformar o processo penal numa arma contra o crime, o que significará a própria negação do direito processual penal de matriz democrática, convertendo-o numa espécie de direito de guerra dominado pelo fim de abater o inimigo⁴.

II. A dignidade da pessoa humana é um conceito muito antigo; vem dos gregos, depois reinventado pelo cristianismo, e na modernidade, finda a II Grande Guerra, fruto dos horrores que a humanidade sofreu entre as

⁴ Constitui a vertente processual do denominado «direito penal do inimigo».

duas guerras com as ideologias totalitárias que dominaram a Europa⁵, foi proclamada na Declaração Universal dos Direitos do Homem, demais textos internacionais sobre direitos e garantias fundamentais e nas constituições modernas de todos os Estados democráticos.

A dignificação da pessoa humana levou à germinação do princípio *pro homine*, que deve informar todo o Direito, em especial o Direito Político e o Direito Penal e Processual Penal. No Direito Político o princípio converte-se na regra de que todas as instituições do Estado devem estar ao serviço das pessoas; as instituições públicas servem as pessoas e não se servem delas. No Direito Penal e Processual Penal, no repúdio de penas cruéis e física ou moralmente degradantes, na proporcionalidade e estrita necessidade das penas, na eliminação das penas longas de prisão, bem como na proibição de todos os métodos de obtenção de prova que bulam com a integridade física e moral das pessoas e na consideração dos suspeitos/arguidos como sujeitos processuais, participantes ativos na aplicação da lei aos casos da vida com repúdio da mera sujeição ao autoritarismo antidemocrático. No Direito, em geral, pela aceitação da efetiva igualdade de todos perante a lei e sobretudo pela rejeição de concepções políticas, antropológicas e sociológicas sobre a génese do crime e categorias de criminosos (direito penal do autor por contraposição ao direito penal do facto).

Sabe-se hoje que a grande maioria dos agentes dos crimes andam à nossa volta, andam entre nós, frequentemente mascarados de pessoas de bem, arrogando-se fiéis cumpridores das leis e da moral. Sabe-se também que a capacidade e apetência para o crime não são características de determinadas classes sociais, tradicionalmente consideradas as mais desfavorecidas socialmente, mas de todas, e sucede até que frequentemente e no que concerne a criminalidade grave dos grupos mais favorecidos, dos senhores, «dos senhores do crime», na expressão feliz de Cunha Rodrigues, antigo Procurador-Geral da República de Portugal.

Todos podemos ser criminosos, parecendo que a distinção não está na fortuna ou na instrução, mas essencialmente na educação para os valores éticos e jurídicos do nosso tempo, valores que passam pelo respeito dos direitos de todos e cada um, do olhar o outro como sendo

⁵ Muitas centenas de milhares de pessoas foram sacrificadas nos crematórios dos campos de concentração nazis só por serem quem eram e não por crimes que tivessem praticado: foram judeus só porque eram judeus; foram ciganos, só porque eram ciganos, foram homossexuais, só porque o eram, mas não só!

o nosso espelho, enfim, da consideração da dignidade de todo o ser humano, e pela solidariedade, o que pressupõe o cumprimento dos deveres jurídicos comunitários, e não só.

III. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos humanos tem profundas incidências no processo penal e na organização judiciária. Desde logo, o alargamento do âmbito do princípio da presunção de inocência.

Este princípio, da presunção de inocência, não é mais somente um princípio de prova, traduzido pelo brocardo *in dubio pro reo*, é um princípio geral do direito processual penal com repercussões em todas as fases do processo. Enquanto a pessoa não for condenada por um tribunal livre, imparcial, independente e constituído de acordo com a lei, não há razão para o tratar como presumido criminoso. O arguido no processo, sofrendo já da pouca sorte de ter sido processado, quando muitos outros têm a sorte de não serem descobertos ou se descobertos o poder de não serem processados criminalmente, não tem de ter o tratamento de excelência, mas tem o direito de ser tratado como qualquer outro cidadão que não caia nas malhas da justiça, tem o direito a ser tratado com a dignidade que lhe é natural, que é inerente à sua condição humana; acresce que pode mesmo ser inocente, como as estatísticas da justiça comprovam.

O princípio da presunção de inocência tem especial incidência no domínio das medidas de coação e cautelares, mas estende-se a todo o tratamento devido ao sujeito/arguido. Não deve ser submetido a medidas de gravidade equivalente ou próxima das penas que lhe poderão ser aplicadas a final do processo. Pode haver exceções, mas só na medida do estritamente necessário para acautelar a normalidade do procedimento; só na estrita medida do necessário porque qualquer medida penal, aflictiva, ou seja, restritiva da liberdade deve ser reduzida ao mínimo indispensável (*ultima ratio* do direito penal), tanto mais que não há compensação que apague a dor da privação ou limitação da liberdade pessoal injusta.

IV. Duas outras ilações a tirar do princípio *pro homine* são o Direito ao Juiz, juiz livre, imparcial e independente, nomeado de acordo com a lei em condições de dever apenas obediência à lei e à sua consciência e a criação dos tribunais constitucionais. Aqui também uma breve reflexão.

A história mostra que nenhum ditador, fosse da esquerda ou da direita, teve falta de juízes quando deles necessitou para aparentar legitimidade dos seus propósitos. Voltaire, referindo-se aos juízes do seu tempo, chamou-lhes «*barbares en robe*», bárbaros vestidos de beca, e a história do segundo quartel do século passado comprova abundantemente que em regimes mais ou menos autoritários os juízes foram frequentemente serventários do poder. Por isso que, acabada a Guerra, houve a preocupação dos povos em garantir a imparcialidade e independência dos juízes para que possam ser os primeiros garantes do Direito e da Justiça. Juiz que não seja independente de todos os poderes, tanto públicos como privados, não merece a dignidade de juiz; será porventura comissário, mas juiz não é! E nem sequer é preciso proclamar nos textos legais regras para acautelar essa independência, porque essa exigência é um princípio jurídico cultural do nosso tempo, dir-se-ia em linguagem mais antiga que é um princípio de direito natural.

No que respeita aos tribunais constitucionais ou juízos com competência especial em matéria de constitucionalidade das leis, já lá vai o tempo em que se considerava o juiz a boca da lei. Era o tempo do positivismo estreito. O juiz pode ser e é a boca e a mão do Direito, mas o Direito não é só a lei: as fontes do Direito são, em democracia, a Constituição, a lei ordinária, as fontes internacionais e os princípios, e estes, os princípios culturais e civilizacionais nem sempre podem ser simplesmente interpretados segundo estritas regras de técnica jurídica. Frequentemente, têm de ser interpretados e integrados com recurso a ideais, por exemplo, à ideia de democracia e à moral que subjaz a todo o sistema normativo. Por isso que, um pouco por toda a parte, seja frequente que os Tribunais Constitucionais não sejam constituídos só por juízes de carreira, mas também por pessoas com formação científica e cultural diversas, na esperança de melhor cumprirem a função reveladora do Direito em conformidade com os valores que estão acima da lei ordinária. É que a lei ordinária, por absurdo que pareça, pode ser inconstitucional, por ignorância ou abuso dos membros do poder legislativo, cabendo ao juiz julgar a conformidade da lei com as regras e princípios consagrados na Constituição. Não foi por acaso que o primeiro tribunal constitucional moderno surgiu na Alemanha, após a II Guerra.

V. O que disse dos juízes, deve dizer-se também dos magistrados do Ministério Público e dos advogados, naturalmente com as adaptações que impõem as funções próprias de cada uma dessas categorias funcionais.

Para concluir esta primeira parte importa ainda referir que a preocupação de limitar o arbítrio e garantir os direitos e segurança dos cidadãos suspeitos/arguidos, os Códigos de Processo Penal de matriz europeia continental tendem a crescer constantemente. Tudo se quer regulado, estritamente regulado. Ninguém acredita na capacidade, prudência e isenção dos principais intervenientes no processo: juiz, Ministério Público e advogados. Tudo tem de ser regulamentado ao pormenor e por tudo se criam incidentes e para tudo se reclamam recursos atrás de recursos. O fim, o propósito da boa administração da justiça, é louvável, mas não parece ser o caminho adequado porque torna a tramitação processual extremamente complexa e morosa. Esquece-se com demasiada frequência que o arrastar do processo por meses ou anos significa quase sempre um sacrifício acrescido para o arguido, uma pena que nem a absolvição final repara as mais das vezes, e que representa também um agravar da vitimação do ofendido que demora em ver ser feita justiça.

Esta conflitualidade judiciária, este excesso de regulamentação, o arrastar do processo, frequentemente com limitações da própria liberdade, não realizam outro valor que a justiça deve prosseguir e já fora reclamado pelo Marquês de BECCARIA⁶: a celeridade que os textos internacionais também consagram como direito do arguido e princípio estruturante do processo em ordem à realização da paz pública.

Por isso que perante o atravancar de processos nos tribunais e a demora nas decisões, em ordem a obter a celeridade, mas não só, se procuram soluções novas, de justiça alternativa, sobretudo de justiça negociada, do tipo da *plea bargaining* americana e inglesa, conformes com a índole social de cada povo. Com feições diversas, mas todas inspiradas no ideal democrático da superação dos conflitos penais pela via do consenso, muitos países, incluindo Portugal, consagram já nas suas leis processuais penais soluções várias de tipo consensual que vão desde os processos simplificados, à mediação penal e à aplicação de medidas alternativas às penas e até à negociação das próprias penas criminais. A problemática da justiça alternativa merece hoje, um pouco por todo o mundo, especial atenção da doutrina, dos políticos e dos legisladores, mas para levar avante esta tendência vai ser preciso um espírito novo, vão ser precisos juizes, procuradores e advogados novos, novos de

⁶ BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, trad. da edic. de 1766 por José de Faria Costa, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1998.

espírito, evidentemente, imbuídos todos de profundo e quase sacralizado respeito pela pessoa humana, pela sua dignidade.

Manifestam-se, porém, outras tendências em sentido contrário: processo penal como instrumento do direito penal do inimigo e populismo processual.

2. A guerra contra o crime: *pro salute civitatis*

Paralelamente às preocupações com a humanização do direito processual penal, de um direito *pro homine*, manifestam-se tendências que preconizam um direito processual penal que vise sobretudo a segurança coletiva, um direito inspirado no princípio *pro salute civitatis*.

A geração de juristas do após guerra foi instruída na ideia de que a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente do crime na sociedade e que a determinação da medida da pena é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção. Tomamos estas finalidades como quase indiscutíveis, como correspondendo à essência do direito penal moderno, mas não foi assim no passado nem é assim em toda a parte, e mesmo onde, como em Portugal, estas finalidades têm consagração legal e são justificadas pelos princípios do Estado de Direito e pelo ideal democrático de respeito integral pelo outro, assente na dignidade da pessoa humana, a prática as realiza sempre e quando as realiza raramente tem o aplauso ou sequer a compreensão da opinião pública interpretada pelos *media*.

Percebe-se que estas ideias, que constituíram o ideal dos iluministas, fundadores do direito penal moderno, tenham sido retomadas imediatamente finda a II Guerra, com o restabelecimento dos regimes democráticos e a afirmação do valor universal dos direitos humanos, após a barbárie que dominou na Europa continental na primeira metade do século xx como expressão dos diversos totalitarismos políticos.

Não durou muito esta primavera democrática, onde a houve, que não foi em todo o continente, como bem sabemos. Logo nos anos 60, em França, em consequência da guerra argelina e mais acentuadamente nos finais do século que findou e nos princípios daquele em que vivemos, a conjugação de fenómenos vários, globalização e terrorismo, imigração e desemprego a gerar o crescimento exponencial da delinquência urbana, por uma parte, mas também a expansão de uma certa comunicação de massas e a sua procura de mercado fácil, por outra, provocam o medo

na população e despertam o espírito securitário a abafar ou limitar significativamente os princípios inspiradores do direito penal liberal e especialmente das garantias processuais, tidas por muitos, agora, como excessivas, como se, para garantia das liberdades e da justiça, possa haver garantias excessivas!

A prevenção deu lugar à pura retribuição e o propósito e esforço de reinserção social do delinquente à sua segregação e acantonamento nas prisões que abarrotam de presos por toda a parte. As penas aumentam e a comunicação social reivindica constantemente o seu agravamento, as garantias processuais são cerceadas com medidas excepcionais pretensamente justificadas em nome dos perigos que ameaçam a segurança dos cidadãos, renasce a intolerância e a xenofobia e mesmo os partidos democráticos, que é suposto defenderem os valores inerentes à democracia que reclama um direito penal mínimo para a máxima expansão das liberdades, perdem a voz, ou juntam-se aos extremistas com receio de perderem votos.

Na América já não são só os Republicanos a exigirem o endurecimento do direito penal, o direito como vingança – nem OBAMA conseguiu fechar Guantánamo! – e é o próprio Senado a denunciar as torturas praticadas pela CIA, e na Europa é vê-los a espreitar um pouco por toda a parte. É o direito penal do inimigo teorizado por JAKOBS; o direito penal, o processo penal e a prevenção criminal são agora meros instrumentos na luta contra a criminalidade, porque é sobretudo o crime que conta e é preciso proteger a sociedade. É o direito penal inspirado e contaminado pelo discurso da guerra, «guerra contra o terrorismo», expressão lançada por BUSH na sequência do 11 de setembro de 2001, mas também «guerra contra a droga», «guerra contra a pedofilia», «guerra contra a corrupção», enfim «guerra contra a criminalidade», a legitimar um grau superior de violência e desprezo pelo Direito, a manipular a opinião pública e a promover uma visão simplista do mundo, a fazer do Direito uma arma, uma arma dissuasiva e não um meio de assegurar a paz civil, realizando a justiça.

Nesta perspetiva da sociedade em perigo, o que importa combater e prevenir é o dano e o perigo para a sociedade, transformando-se o delinquente no inimigo perturbador da paz do coletivo, inimigo que é preciso eliminar como no campo de batalha se mata o soldado que está do outro lado, o soldado transformado em IN (inimigo), sem querer saber se ele tem ou não alguma culpa pela guerra ou foi simplesmente

adscrito. A guerra, qualquer que seja a guerra, é sempre ou quase sempre estúpida!

Não importa a pessoa, o cidadão delinquente, a culpa, ou importa menos, basta que o indivíduo seja o instrumento ou a causa imediata do facto perturbador da paz para justificar o sacrifício da pessoa, o seu castigo. Basta a suspeita para que se ponha em ação todo o arsenal repressivo em nome da prevenção, ainda que com desprezo dos princípios que constituem a essência do ideal democrático e do Estado de Direito, como o uso de meios cada vez mais violentos, a que não escapa sequer o retorno à tortura, o afastamento da presunção de inocência, as garantias processuais de defesa do arguido, etc., tudo a jeito de legítima defesa preventiva. É mais fácil, é mais barato, segundo alguns, e dá votos.

Os direitos de cada um, a humanidade de cada um, passa a poder sacrificar-se ao coletivo, em nome da paz da maioria? O mero suspeito, ou simplesmente como tal proclamado, é convertido em instrumento de prevenção, em instrumento útil de combate ao crime pela intimidação. Mas não será isto a negação da dignidade humana, a negação dos direitos humanos?

3. Um novo enfoque: as vítimas

I. Se folhearmos os manuais de direito penal do século passado, verificamos como a vítima quase não tinha intervenção no processo penal. O que se julgava importante era tratar do agente do crime, ou seja, o que fazer com o criminoso. Como tratá-lo para que pudesse vir a ser um cidadão integrado nos valores comunitários e não voltasse a cometer crimes. Por isso que era sobretudo importante conhecer o delinquente, a sua culpa, a sua personalidade, para que a pena concreta pudesse realizar as finalidades da punição: de prevenção geral e especial em ordem à paz civil e recuperação social do delinquente. A vítima individual do crime tinha um lugar menor, ou quase nulo no processo penal; mais, a vítima era um estorvo no processo.

No nosso tempo, tudo está em mudança. O confronto tende a ser entre o arguido e a vítima e não entre o arguido e a lei. A vítima assumiu um papel relevante a exigir o seu reconhecimento, proteção por parte do Estado e castigo exemplar (vingança) do agente do crime.

II. Nesta nova perspetiva, o processo penal como que desloca o seu centro de gravidade do autor para a vítima. É preciso saber agora como

construir um direito processual para responder às reivindicações das vítimas. Princípios fundamentais como a liberdade antes da condenação, a presunção de inocência e o direito ao silêncio são considerados excessivos.

A vítima exige como catarse que o criminoso reconheça a sua culpa e a confesse publicamente, não tolera a presunção de inocência do arguido nem o seu silêncio ou que o processo seja arquivado por falta ou insuficiência de provas. Exige-se um culpado, porque a vingança reclama sangue, e por isso também que se reclame a imediata ou célere prisão do acusado, ainda antes de julgado.

Nesta luta contra o mal o princípio da presunção de inocência e o direito ao silêncio entram em crise. Como compreender, do ponto de vista da vítima, que um acusado se cale legalmente ou mesmo minta? Como aceitar que o tribunal se refira aos factos no condicional ou se dirija ao ofendido como uma «vítima presumida» sem que este se sinta ofendido? O direito ao silêncio e a presunção de inocência que tiveram por finalidade limitar a violência legal para evitar os abusos do poder, as injustiças, os erros judiciais, nada significam para a vítima. A presunção de inocência e o silêncio do arguido são inaceitáveis na perspectiva da vítima; o mundo moral da vítima e o mundo do direito não se encontram mais.

Também a confissão do arguido perde o significado jurídico tradicional. Não é mais uma espécie de capitulação perante a autoridade por razões de economia e segurança processuais. As vítimas exigem que a confissão seja a assunção da responsabilidade jurídica e moral por parte do arguido, que este repudie o seu ato e desse modo lhe dê alguma satisfação moral.

A finalidade das penas é agora vista sobretudo na perspectiva da compensação moral das vítimas. O que conta é apagar o mal do crime com o mal da pena, a punição cede lugar à expiação. Na perspectiva da vítima importa pouco ou nada a reintegração do criminoso, importa pouco o seu grau de culpa, importa essencialmente a vingança do mal causado pelo crime.

É uma nova crise que se abre nas instâncias moderadoras do direito de punir. A moralidade invade o direito penal e sendo assim nesta luta contra o mal como esquecer o autor do mal?

III. Todos compreendemos a necessidade de dar satisfação moral às vítimas. O que é preocupante é que esta ideia de proteção das vítimas, reais ou imaginárias, esteja a justificar, um pouco por todo o lado, meios

penais radicais presumidos mais protetores. E essa musculação do direito processual penal, mais do que uma deriva securitária, significa a perversão das relações entre o Estado e a democracia. É deste encontro entre a componente emocional da democracia e perspectiva puramente repressiva do direito de punir que nasce o populismo penal, populismo que afeta o equilíbrio entre segurança e liberdades que caracterizam o Estado de Direito. Até onde iremos?

O que mais me preocupa é que ao acreditar-se simplisticamente que a repressão musculada pode contribuir para a paz social, desviam-se as atenções para o necessário combate às suas causas, materiais e morais, esconde-se a incompetência dos responsáveis para combaterem a miséria material e promoverem a educação para os valores da humanidade e da justiça, mascara-se a incapacidade para procurar e encontrar soluções para as causas que nos afligem a todos com medidas populistas que, afinal, nada resolvem.

4. O Ministério Público e as Polícias

Compete ao Ministério Público exercer a ação penal orientado pelo princípio da legalidade. Para que possa exercer a sua função adequadamente deve gozar de garantias de autonomia em relação aos demais poderes. Como instituição, o Ministério Público só deve obediência à lei e por isso que seja legítima a recusa de ordens da hierarquia que violem a lei. O Ministério Público não é parte no processo; não tem um interesse contraposto ao do arguido. O Ministério Público é um órgão de justiça e o seu único interesse é a correta aplicação da lei: a absolvição dos inocentes e a condenação dos culpados, mas exercendo sempre a sua função no mais estrito cumprimento da lei e do respeito devido a todos, suspeitos/arguidos e vítimas.

Também as polícias, todas as polícias, têm por função defender a legalidade e garantir os direitos dos cidadãos. Um dos males das nossas sociedades é a busca de eficácia policial a todo o custo, mesmo com arremedo da lei e dos limites das medidas de polícia que traçam os limites da sua atuação. Para tanto muito contribuem as séries policiais televisivas, erigindo como heróis os policiais que na busca de eficácia abusam dos poderes que as leis lhes conferem e condicionam a sua ação, tornando-se tão criminosos como aqueles que combatem e a merecerem pelos seus excessos mais grave castigo porque não só violam

a confiança que a comunidade neles deposita mas também porque subvertem a função para que são pagos.

O Estado de direito democrático não pode tolerar polícias que abusem das suas funções ou se aproveitem delas, seja qual for a motivação.

5. Democracia e direitos humanos

I. A democracia não assenta apenas no voto maioritário dos cidadãos; a regra da maioria é apenas um dos pilares do ideal democrático. Outro pilar é o respeito dos direitos naturais ou, na expressão mais moderna, dos direitos humanos. Sem o limite dos direitos humanos, a pura regra da maioria pode conduzir-nos à tirania: é da história recente.

O direito penal é um sistema de equilíbrios ou equivalências entre o mal do crime e o mal da pena, mas um equivalente estabelecido para compensar uma perda, não para recuperar a situação anterior ao dano do crime; a pena não é o preço do mal do crime, assim a modos de pena de talião. Se assim não for, o que fazer então quando o mal causado pelo crime é incomensurável? Pensemos no homicídio, na violação, nos crimes em que são ofendidos as crianças e os velhos, todos crimes repugnantes que em cada circunstância nos fazem pensar se as penas são adequadas. Voltamos aos crimes imprescritíveis e às penas perpétuas? À pena de morte ou outras penas cruéis? O perigo de um moralismo punitivo é grande: exprime e acentua os valores ou bens sacrificados pelo crime, mas é indiferente aos direitos do criminoso que são também conquista da nossa civilização. Exalta a necessidade de vingança pelo mal do crime, mas não se questiona nunca sobre o grau de culpa da sociedade, afinal sobre a responsabilidade de cada um de nós, pelo criminoso em que aquele nosso concidadão se transformou.

É nesta perspetiva que confesso a minha preocupação com o populismo penal, alimentado pelo ideal da proteção eficaz das vítimas e da comunidade. O ardor militante na proteção das vítimas, reais ou imaginárias, tende a desarticular a velha aliança entre a justiça penal e os direitos das pessoas, tende a esquecer os direitos do criminoso, nomeadamente a racionalidade penal que visa à sua reintegração na sociedade e a ponderação da sua culpa. É motivo de inquietação.

Encorajando o procedimento penal rápido e eficaz com o fim de obter uma condenação em penas pesadas como as vítimas geralmente reclamam, o sistema de proteção dos direitos do homem acaba por contrariar os seus princípios fundamentais. Assim é. Enquanto no passado

a proclamação dos direitos do homem serviu de baluarte da luta contra os sistemas totalitários, a proclamação dos direitos das vítimas, reais ou supostas, constitui hoje ou pode constituir o sustentáculo das políticas penais securitárias e populistas. Dominado por um discurso político sensível à opinião pública inquieta, os direitos da vítima tendem a ser os únicos direitos, mas isso é a negação da história dos direitos humanos.

II. O direito penal e o processo penal estão em crise, mas de um modo ou de outro estiveram sempre em crise. É da sua história. E estiveram e estão sempre em crise porque nele se confrontam ideologias políticas sobre os próprios fins do direito penal e também diversas concepções do homem e da sociedade. Não devemos é esquecer que a complexidade que lhes é própria não pode ser resolvida por mais ou menos repressão como há séculos já MONTESQUIEU nos advertia. Recordo-lhes também o pensamento do Prof. EDUARDO CORREIA quando na Comissão Revisora do Código Penal dizia que a pena de prisão para além de um certo período, (em regra 10 anos) representa o aniquilamento moral do recluso, significa abandonar o princípio de que os delinquentes devem, na medida do possível, ser recuperados para a sociedade. No âmbito processual penal as exigências de respeito pela dignidade humana não são menores, são porventura maiores, porque se antes da condenação com trânsito em julgado todo o suspeito/arguido se presume inocente, certo é que muitas vezes o é efetivamente, e é insuportavelmente atentatório da dignidade humana que um inocente possa ser submetido a tratamento indigno, a tratamento discriminatório, a tratamento que é castigo ainda antes da condenação, só porque teve o azar de cair nas malhas da justiça

Conclusão

A jeito de fecho, de conclusão, um alerta final, sobretudo dirigido aos mais novos, aos estudantes que nos acompanham nesta jornada.

É possível e provavelmente fundado sustentar que um sistema processual de garantias substanciais e formais possa dificultar a descoberta dos crimes e perseguição dos criminosos; é mesmo possível e provavelmente fundado que em razão dessas garantias processuais algum culpado seja absolvido, mas essas garantias procuram acautelar que não seja possível que um inocente seja condenado. Esta opção é também decorrente do primado da dignidade da pessoa humana.

Devemos ter sempre presente que num Estado de Direito, a confiança do público relativamente ao seu sistema de justiça é condição da paz social. A perda de respeito dos cidadãos no seu sistema de justiça mina a sua eficácia.

O discurso alarmista alimenta artificialmente o medo e a ansiedade dos cidadãos. Esta postura arrisca provocar a quebra de confiança dos cidadãos nos poderes judiciais. E pior, ao opor estupidamente, os direitos dos acusados aos das vítimas, explorando os seus sentimentos de insegurança e de revolta, os políticos e meios de comunicação que o fazem quebram o nosso património cultural dos direitos e liberdades fundamentais.

Devemos permanecer atentos porque estas derivas, sempre justificadas em nome da defesa dos oprimidos, podem constituir, como constituem já em muitos países do nosso mundo cultural, passos sub-reptícios para o sufoco dos direitos e liberdades. E contra esta deriva ninguém pode ficar indiferente, os juizes, os magistrados, enquanto puderem manter a sua independência e autonomia, mas também os advogados, os juristas em geral, e, naturalmente, todos os cidadãos esclarecidos.